

ESMAFE
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO

JUIZ INSTRUTOR:
Uma tendência de ampliação da atividade instrutória oficial
em face dos valores consagrados pelo
Estado Social Democrático

Katarine Keit Guimarães Fonseca de Faria

Mestranda em Direito Público – UFPE

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - As diversas concepções sócio-políticas do Estado e o seu reflexo na atuação jurisdicional. 2.1 - O papel do juiz no Estado liberal. 2.2 - O papel do juiz no Estado social. 3 - Publicização do processo e as novas tendências de ampliação da atividade instrutória do juiz. 3.1 - Aplicação dos princípios processuais conforme sua nova função social. 3.1.1 - Atenuação do princípio dispositivo em face da busca da verdade real. 3.1.2 - Conciliação da imparcialidade com a publicização. 3.1.3 - A igualdade substancial das partes – “nível social do processo 4 - O juiz instrutor: aspectos fundamentais da atividade instrutória do juiz no CPC brasileiro. 4.1 - Poderes instrutórios do juiz e os arts. 130 e 330 do CPC. 4.2 - O dinamismo do juiz na instrução probatória das ações de investigação de paternidade. 5 - Conclusão. 6 - Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

Há muitos anos atrás Piero Calamandrei já havia utilizado a expressão “juiz instrutor” para designar a nova postura que deveria adotar o juiz, instituída pelo Código de Processo civil italiano de 1942, o qual, segundo ele,

“deve ser um estimulador das partes, um buscador ativo da verdade, mesmo quando as partes não saibam ou não queiram descobri-la¹”.

Em virtude disto, Calamandrei também se preocupou com o problema do formalismo e comodismo que os magistrados italianos apresentavam naquela época, tendo uma vez declarado que *“a realidade é que muitos juízes instrutores, por timidez ou por comodidade, não se servem sequer dos poderes de que dispõem”*, e completa dizendo que, *“se tivessem a coragem de se servir deles, o processo funcionaria melhor do que funciona hoje²”*.

É justamente sobre essa questão a respeito da necessidade de se instituir uma postura mais ativa do juiz no processo, mormente no que tange à atividade instrutória oficial deste, que visa o estudo da presente monografia. Pretende-se fazer uma análise crítica a respeito da atividade instrutória do juiz no processo civil moderno e dos seus possíveis obstáculos e limitações.

Desta forma, o trabalho se dividirá em três partes: a primeira que tratará, de forma sucinta, a respeito das características das duas principais concepções do Estado - o liberal e social democrático, e as suas respectivas influências no modo de exercer o poder jurisdicional. A segunda parte buscará justamente fazer uma análise, por um ângulo publicista, dos princípios processuais que norteiam a atividade instrutória do juiz. E a terceira e última parte irá tratar do estudo propriamente dito dos poderes instrutórios do juiz: sua extensão, sua compatibilidade com as regras do ônus da prova e sua efetiva utilização nas ações que versam sobre direitos indisponíveis, mais especificamente, nas ações de investigação de paternidade.

2 AS DIVERSAS CONCEPÇÕES SOCIO-POLÍTICAS DO ESTADO E O SEU REFLEXO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Norberto Bobbio já afirmara que uma concepção do Estado pode se distinguir das outras concepções segundo o fim a que as atividades deste Estado buscam atender³. Desta forma, basta identificar quais os fins visados

¹ *Direito Processual civil*, tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, Campinas: Bookseller, v.I, 1999, 307.

² *Idem*, p.308.

³ *“Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant”*, São Paulo: Mandarim, 2000 p. 212.

pelo poder estatal num dado período histórico para que se possa relacionar quais são os valores vigentes no seu contexto jurídico-político e social.

São esses valores políticos, jurídicos e sociais predominantes num dado momento histórico que irão orientar e determinar o exercício das funções vitais do Estado, e o Poder Judiciário, como elemento constitutivo do poder estatal que é, não poderia deixar de ser analisado de acordo com essas ideologias predominantes.

Em consequência disto, o modo de exercer o poder jurisdicional também variará de acordo com essas diversas concepções do Estado, o que nos faz acreditar que é imprescindível para o nosso estudo a realização de um breve exame a respeito das principais formas de se manifestar do poder estatal, para que se possa ter uma melhor compreensão dos diversos papéis que o Poder Judiciário venha a desempenhar.

2.1 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO LIBERAL

Com a decadência do Absolutismo e com os ideais burgueses consagrados após a Revolução Francesa, nasce um Estado cuja função única é proteger e guardar a liberdade individual, configurando o que se pode chamar de Estado mínimo, ou seja, um Estado sem um fim próprio, preocupado apenas em garantir aos seus cidadãos as devidas condições para que estes possam alcançar, através de suas próprias capacidades, os seus objetivos individuais.

Conforme explicita Alexandre da Maia⁴, o Estado liberal clássico se limitava apenas a regular de maneira genérica a estruturação do poder estatal e os limites de seu exercício, deixando os indivíduos praticamente livres para estipular quaisquer condições e normas em um negócio jurídico, o que fez surgir o chamado princípio da autonomia privada.

Metaforicamente Norberto Bobbio comparou o Estado liberal a um guarda de trânsito que tem a função não de ordenar imperativamente qual a direção a ser tomada pelos motoristas, mas sim a de ordenar o sistema de trânsito de maneira a tornar possível a circulação de todos os carros de acordo com o desejo individual de seus respectivos motoristas⁵.

⁴ *Ontologia Jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p.54.

⁵ *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, São Paulo: Mandarim, 2000, p.213.

Há, na concepção liberal do Estado, uma nítida separação da esfera pública da privada, na qual a política e a economia são setores totalmente independentes e sem vinculação, não devendo o Estado interferir nos assuntos concernentes à esfera privada, uma vez que nesta vigoraria o princípio da autonomia da vontade privada. O Estado liberal se preocupava apenas em promover o bem estar individual e não o bem estar social ou geral.

Em decorrência dessa exacerbada proteção da liberdade individual, com a conseqüente proibição da interferência do Estado nos negócios privados, começaram a ocorrer abusos dos indivíduos pelos próprios indivíduos, na medida em que os detentores do poder econômico e político levavam sempre a vantagem de explorar os mais fracos com a total complacência do regime político estatal.

Essa garantia exacerba da liberdade individual também se reflete, de certa forma, no modo de exercer o poder jurisdicional, transformando o Judiciário, conforme declara José de Albuquerque Rocha, num simples mantenedor de uma ordem espontânea, que lhe é exterior, uma vez que não proveniente da regulamentação estatal⁶.

Estaria assim resumido o papel do juiz no Estado liberal clássico: a de um mero espectador, passivo e indiferente as possíveis desigualdades sociais existentes, pretensamente neutro aos interesses individuais em jogo.

Conforme a célebre afirmação de Montesquieu, que tão bem representa o papel do juiz no Estado liberal clássico, “*os juizes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*”⁷.

As ideologias do liberalismo influenciaram não só o papel do juiz no processo, como o próprio modo de ser do processo, que atuou, conforme afirma Humberto Theodoro Junior⁸, pelo predomínio do princípio dispositivo, reduzindo o processo à função de mero instrumento de atuação dos interesses particulares dos litigantes.

Em decorrência das idéias proclamadas pelo “Estado mínimo”, pode-se deduzir que era praticamente inexistente a atividade instrutória do juiz no

⁶ *Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo: Malheiros, 1995, p.128.

⁷ *O Espírito das leis*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, livro XI, capítulo VI, p.175.

⁸ Os poderes do juiz em face da prova, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 263, 1978, p. 40.

processo civil deste regime, já que não cabia ao juiz interferir na produção de provas sem que houvesse um interesse das partes nesta produção. Era a consagração da liberdade individual como valor maior do Estado liberal.

2.2 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO SOCIAL

Com o posterior desgaste das ideologias apregoadas pelo Estado liberal clássico, em decorrência dos excessivos abusos da liberdade pelos particulares e da acentuação das desigualdades sociais, o Estado passa a adotar um novo perfil, nascendo a partir daí uma nova forma de relacionamento entre a política e a economia⁹.

Nasce o chamado Estado social, de caráter eminentemente intervencionista e ativo, com o intuito de realizar a tutela das relações econômicas e de regulamentar as atividades privadas visando à proteção do bem estar social¹⁰.

As idéias dessa nova concepção socio-política do Estado se refletem também na função social que assume o próprio direito, conforme explicita José de Albuquerque Rocha:

“Do ponto de vista funcional, as intervenções do Estado visando a dirigir os diversos aspectos da vida sócio-econômica mudam a ‘função’ do direito que deixa de ser instrumento de ‘garantia’ do desenvolvimento espontâneo do jogo social para transformar-se em instrumento de ‘mudanças’ econômicas e sócias¹¹”.

Com a conseqüente mudança no perfil do Estado e na própria função do direito, o papel do Poder Judiciário, mais especificamente o papel do juiz no processo, também se modifica. O juiz passivo, neutro, indiferente aos problemas de desigualdades sociais produzidos principalmente pelas ide-

⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo: Malheiros, 1995, p.129.

¹⁰ MAIA, Alexandre da. Obra citada, p. 56. Complementando as características do Estado social, afirma ainda que: “Os espaços público e privado na modernidade ficam cada vez mais preenchidos pela idéia de um direito social, patrocinado por um Estado social, que tem a função de zelar pelo bem-estar dos que compõem a sua estrutura, ficando cada vez mais difícil a delimitação das fronteiras, ou seja, onde começa um e termina outro”, p.59.

¹¹ *Estudos sobre o Poder Judiciário*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 131.

logias do liberalismo individual, se transforma num juiz ativo, consciente do seu novo papel de nivelador das desigualdades. Emerge com o Estado social a questão da justiça social¹².

O papel do juiz na direção do processo, no Estado de cunho social, é muito mais amplo do que o de simples “garantidor da ordem social espontânea¹³”. Aquele juiz, inerte e escravo da lei, proibido de interferir na esfera privada, passa a exercer um maior poder de direção do processo, visando agora atender aos fins socialmente desejados.

Essa ampliação dos poderes conferidos ao juiz se coaduna com a tendência publicística que vem sendo atribuída ao processo civil moderno, na qual deve prevalecer à busca pela verdade material, em vez de se contentar apenas com a verdade formal trazida ao processo.

Essa tendência de publicização do processo confere à função do juiz uma importância jamais vista, pois ele se torna um agente do processo comprometido com a realização da verdadeira justiça social.

Para que tais objetivos possam ser realizados, torna-se cada vez mais necessária a ampliação dos poderes do juiz, mais especificamente a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, tendo em vista a busca de uma igualdade material entre as partes, não mais sendo permitido ao juiz assistir de forma inerte a vitória do “mais forte”.

Conforme se verifica do exposto acima, há uma forte relação entre a concepção social do Estado e a tendência de publicização do processo moderno, o que significa dizer que houve uma evolução simultânea do direito processual, a nível científico, e do modo de ser do Estado, que passou do Estado de caráter liberal para o Estado de cunho social¹⁴.

Essa perspectiva publicista do processo, tão bem tratada pelo ilustre Cândido Rangel Dinamarco em sua obra “A instrumentalidade do processo”, será detalhadamente discutida no capítulo a seguir.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 1999, p.22.

¹³ ROCHA, José de Albuquerque. Ob.cit.133.

¹⁴ Assim não pensa, no entanto, alguns doutrinadores brasileiros, como Ada Pellegrini, Antônio Carlos Cintra e Cândido Dinamarco, que em sua obra conjunta “Teoria Geral do Processo”, p.66, defendem que o sistema de livre investigação do juiz é uma tendência universal, não dependendo, portanto, da adoção de um determinado regime político, pois afirmam que o sistema de livre investigação do juiz existe em vários Estados liberais (como Áustria, França, Inglaterra). Sustentam que essa marcha para o denominado *processo civil autoritário* é consequência somente da colocação publicista, correspondendo àquilo que se convencionou denominar “socialização do direito”.

3 PUBLICIZAÇÃO DO PROCESSO E AS NOVAS TENDÊNCIAS DE AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

Até meados do século XIX, o direito processual civil ainda não era reconhecido como um ramo autônomo do direito, pois este era tratado como um mero acessório do direito material¹⁵, isto é, o processo era uma mera projeção da relação material discutida. O processo era concebido como um contrato ou quase contrato¹⁶, ficando à mercê da vontade das partes a sua condução e direção.

Somente a partir de 1868, com a publicação da célebre obra de Oskar Von Büllow, “Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais”, em que o mencionado autor demonstrou, pela primeira vez, a distinção entre a relação material litigiosa e a relação jurídica processual, é que o processo foi visto como algo distinto do direito material nele contido. Foi reconhecido, portanto, a autonomia do direito processual civil, considerado, enfim, como um ramo autônomo da ciência jurídica.

Desde o reconhecimento da autonomia científica do direito processual, o processo foi sendo considerado cada vez mais um instrumento de realização do poder soberano estatal, surgindo a partir daí a concepção publicista do processo. Cândido Dinarmaco ressalta que foi a partir da obra revolucionária de Büllow que a idéia da natureza pública da relação processual começou a progredir, uma vez que a nova relação jurídica descoberta por Büllow incluía entre os seus sujeitos o juiz, órgão estatal, devendo este tomar a direção na condução do processo¹⁷.

Humberto Theodoro Junior conseguiu demonstrar com bastante eficiência a mudança na maneira de se encarar o processo, valendo a transcrição literal dos seus ensinamentos:

“A partir do momento em que se desprezou o anacrônico conceito de processo como simples apêndice do direito material, de que o particular se podia valer para defesa de seus direitos subjetivos sempre

¹⁵ GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo civil*, São Paulo: RT, 1997, p.35.

¹⁶ Para um estudo mais aprofundado a respeito da evolução das teorias sobre a natureza jurídica do processo, ver a excelente obra do processualista uruguaio Eduardo Couture, *Fundamentos do Direito Processual civil*, Campinas: RED livros, 1999, pp.88-103.

¹⁷ A instrumentalidade do processo, São Paulo: Malheiros, 2000, p.44.

que sofressem ou estivessem ameaçados de sofrer lesão, outra ideologia teve que inspirar a estrutura mestra do direito processual civil¹⁸ ”.

Foi a partir do chamado “fenômeno da publicização do processo”, juntamente influenciado pelas novas ideologias propagadas pelo Estado social intervencionista, que se vê surgir uma verdadeira “marcha do processo para sua socialização ou democratização¹⁹”, o que conduz os doutrinadores a se preocuparem cada vez mais com a chamada função social do processo. Conforme afirma Humberto Theodoro Junior, *“a ideologia social do processo é simétrica e coordenada à concepção publicística do direito processual civil²⁰ ”.*

Atualmente a publicização do direito processual civil e, conseqüentemente, de seus institutos e princípios basilares, é uma forte tendência metodológica, conforme ensina Cândido Dinamarco, afirmando o ilustre doutrinador que a publicização *“remonta à firme tendência central no sentido de entender e tratar o processo como ‘instrumento’ a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial²¹ ”.*

Do fenômeno da publicização e da preocupação cada vez maior, tanto dos doutrinadores como dos legisladores, de se atribuir uma função social ao processo, decorreu uma tendência universal de ampliação dos poderes do juiz, uma vez que este se transforma no diretor formal e material do processo, conduzindo-o sempre em busca da paz social, valor tão colimado pelos ideais do Estado social intervencionista.

O juiz, figura passiva e inerte no processo de cunho privatístico, torna-se a “figura mais importante” do processo moderno, cabendo a ele o poder-dever de pacificar os interesses das partes em conflito da maneira mais adequada aos fins do Estado social. O grau de participação do juiz no processo aumenta de maneira considerável, o que necessariamente conduz a um aumento também dos poderes a ele concedidos.

¹⁸ “Os poderes do juiz em face da prova”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol.263, 1978, p.

¹⁹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p.74.

²⁰ “Os poderes do juiz em face da prova”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, vol.263, 1978, p.41.

²¹ *Instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 1999, p.57.

Corroborando esse entendimento afirma Sérgio Alves Gomes que:

“O fenômeno da ‘publicização do Processo civil’ é o principal responsável pela concessão de maiores poderes ao juiz na direção do processo, incluindo nestes o de determinar a produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes, quando necessário for para o conhecimento da verdade e a realização da justiça”²² “.

No mesmo sentido é a doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco em afirmar a necessidade de uma gradativa concessão de poderes ao juiz na medida em que o processo deixou de ser considerado negócio das partes²³.

Entretanto, conforme veremos em capítulo posterior, existe uma certa preocupação e desconfiança de parte da doutrina e dos próprios operadores do direito com relação a uma possível concessão exagerada de poderes ao juiz, o que poderia causar o aparecimento da figura do “juiz ditador e parcial”. Demonstraremos em momento futuro que o entendimento dessa parte da doutrina encontra-se equivocado e influenciado por valores conservadores, não condizentes com as ideologias sócio-políticas consagradas pelo Estado social, uma vez que confundem a imparcialidade do juiz (sempre necessária) com a sua inércia e indiferença.

3.1 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONFORME A SUA NOVA FUNÇÃO SOCIAL

Conforme demonstrado acima, as progressivas preocupações com as metas políticas e sociais do processo, decorrentes da publicização do direito processual e dos valores consagrados pelo Estado social democrático,

²² *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.87.

²³ Peço vênia para transcrever o mencionado entendimento dos ilustres autores: “*Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado com ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer ‘ex officio’ de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc.(...)”*, Teoria Geral do processo, São Paulo, Malheiros, 1997, p.65.

enalteceram a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, considerando-o não mais como um mero espectador, mas sim como o verdadeiro condutor do processo.

O enfoque dado ao estudo do direito processual civil se moderniza de acordo com as novas ideologias vigentes, e logicamente os seus institutos e princípios informativos também devem seguir o mesmo caminho de tendência de publicização.

A análise do conteúdo dos princípios processuais deve levar em consideração o caráter público do processo civil moderno, pois somente através dessa ótica publicista será possível realizar a aplicação desses princípios de acordo com os novos fins sociais da ciência processual.

A seguir, faremos então uma análise, por um ângulo publicista, daqueles princípios processuais que estão intimamente ligados à atividade instrutória do juiz, quais sejam: princípio dispositivo, princípio da imparcialidade do juiz, princípio da igualdade processual das partes e princípio do contraditório.

3.1.1 ATENUAÇÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO EM FACE DA NECESSIDADE DA BUSCA DA VERDADE REAL

A doutrina processualista tradicional sempre vinculou o processo penal à busca de verdade real, vigorando, portanto, o princípio da livre investigação das provas; enquanto que no processo civil vigoraria predominantemente o princípio dispositivo, satisfazendo-se o juiz com a mera busca da verdade formal. Tal entendimento, além de equivocado, não se encontra em harmonia com os valores jurídicos, políticos e sociais visados pelo processo civil moderno.

Moacyr Amaral Santos, representante dessa parte da doutrina conservadora, que vê, no princípio dispositivo, um obstáculo à ampliação dos poderes instrutórios do juiz, define-o como sendo “a regra conforme a qual o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto à afirmação e prova dos fatos em que se fundam os pedidos²⁴. Afirmar ainda este ilustre processualista que o princípio dispositivo sofre apenas sensíveis restrições no direito brasileiro, sendo lícito ao juiz somente determinar, de

²⁴ *Primeiras linhas de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 1998, p.76.

ofício, as diligências instrutórias naqueles casos em que ainda esteja em estado de perplexidade ou incerteza com relação à verdade dos fatos cuja prova já tenha sido realizada pelas partes interessadas.

Deixa claro mais uma vez o seu pensamento conservador e arcaico ao afirmar que:

“O alargamento desmedido dos poderes do juiz, no campo da colheita da prova, ofende o princípio da igualdade das partes e poderá até mesmo quebrar a imparcialidade com que deve exercer as funções jurisdicionais”²⁵.

Esse entendimento restritivo a respeito do princípio dispositivo e sua relação com os poderes instrutórios do juiz, que infelizmente ainda é dominante nos processualistas, é uma visão equivocada do verdadeiro sentido do princípio dispositivo.

O jurista José Roberto dos Santos Bedaque tratou dessa questão com eficiente habilidade em sua obra “Poderes instrutórios do juiz”, na qual explica que o princípio dispositivo é um princípio relativo à relação material, não à processual, “*o que constituiria um equívoco afirmar, por exemplo, que a impossibilidade de o juiz dar início ao processo é consequência do caráter disponível da relação material*”, uma vez que persiste o princípio da inércia da jurisdição ainda que indisponível o direito material²⁶.

A sua brilhante explanação demonstra com propriedade qual deve ser o verdadeiro conteúdo do princípio dispositivo no processo civil brasileiro, que, *data vênia*, vem-se transcrever:

“Conclui-se assim que a denominação ‘princípio dispositivo’ deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado ‘princípio dispo-

²⁵ Ibid, p. 77.

²⁶ *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 68-69.

sitivo'. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão, tornaria possível sua utilização para representar tais restrições²⁷ ”

Este entendimento, de fato, representa a melhor interpretação a ser dada ao conteúdo do princípio dispositivo, restringindo a sua aplicação somente à relação de direito material.

Assim já ensinava Calamandrei, ao comentar os dispositivos do Código de Processo Civil italiano, que entrou em vigor em 1942, que:

“Na realidade, enquanto para o exercício da ação e para a concreta determinação do tema de demanda, todo poder de iniciativa reconhecido ao juiz seria incompatível com a natureza própria do direito privado, não pode-se dizer igualmente que o caráter disponível da relação substancial controvertida leve necessariamente a fazer depender da iniciativa de parte a eleição e a posta em prática dos meios de prova²⁸ ”.

No mesmo sentido pensa José Eduardo Suppioni de Aguirre, professor de Direito Processual civil da PUC de Campinas, ao afirmar que “*o direito material pode ser disponível, porém, na medida em que se solicita a intervenção do Estado, através da ação processual, para solucionar conflitos, não faz qualquer sentido tolher o Juiz dos elementos necessários à decisão, sob o argumento da disponibilidade dos bens. Mais racional que, ao invés de manter-se o processo com os custos a ele inerentes, que a parte renuncie o direito controvertido²⁹”.*

Entretanto, existem processualistas tradicionais que, apesar de não terem acompanhado o mesmo raciocínio elaborado por José Roberto Bedaque, mudaram suas posições doutrinárias conservadoras, que restringiam o poder de iniciativa do juiz somente aos casos em que este se sentisse realmente em dúvida quanto à justiça da decisão a proferir, tendo em vista a

²⁷ Obra citada, p.71.

²⁸ *Direito Processual civil*, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, Campinas: Bookseller, v.I, 1999, p.321.

²⁹ “O poder instrutório do juiz”, *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da PUC/Campinas*, v.15, 1999, p.73.

crescente valorização do princípio da verdade real no processo civil, tendência essa que está intrinsecamente ligada ao caráter publicístico do direito processual moderno.

Podemos citar, por exemplo, o ilustre processualista Humberto Theodoro Junior que, em recente artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família³⁰, reformulou sua posição doutrinária a respeito do problema relativo ao caráter dispositivo do processo civil em cotejo com os poderes instrutórios do juiz.

Discorrendo acerca de seu novo entendimento em relação à questão do princípio dispositivo e a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, afirma o festejado autor que:

“A preservação da imparcialidade do juiz com efeito exige sua permanência longe da iniciativa de instaurar o processo e definir o seu objeto, circunstância que ninguém discute ou põe em dúvida nos países democráticos de cultura humanística. O princípio dispositivo deve realmente prevalecer no debate lide. Somente às partes cabe a iniciativa de colocar em juízo o conflito jurídico dar-lhe os necessários contornos. Já a investigação do direito subjetivo controvertido, tanto nas aspectos de direito como de fato, não pode ficar na dependência da exclusiva vontade e diligência das partes. O juiz não se torna irremediavelmente parcial apenas por se ocupar da apuração da verdade, diligenciando provas por iniciativa própria³¹.

Podemos constatar que, apesar de não identificar o princípio dispositivo como um princípio aplicável relativamente apenas às relações de direito material, o posicionamento acima tem o mérito de se coadunar com os valores que devem ser defendidos para que se consiga alcançar a verdadeira justiça social.

3.1.2 CONCILIAÇÃO DA IMPARCIALIDADE COM A PUBLICIZAÇÃO

Segundo a opinião de uma grande parte da doutrina pátria, um dos grandes obstáculos à ampliação do poderes instrutórios do juiz seria a ne-

³⁰ “Prova – princípio da verdade real- poderes do juiz- ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)”, *Revista Brasileira de Direito de Família*. Ano I nº3, pp.5-23, outubro-dezembro/1999.

³¹ Obra citada, pp.10-11.

cessidade de se observar o princípio da imparcialidade do juiz, consagrado como um dos principais mecanismos de garantia de efetiva justiça nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Mas o que deve ser realmente entendido por “imparcialidade do juiz?” Seria a adoção de uma postura passiva e neutra com relação às “coisas do processo?” Em resposta a essa questão, a maioria da doutrina brasileira defende que a imparcialidade deve se entender como um valor indispensavelmente presente à atuação do juiz no processo, caracterizada pelo não envolvimento do juiz no conflito trazido ao processo. Mas esse não envolvimento do juiz com as coisas do processo conduziria indubitavelmente ao surgimento da figura do “juiz espectador”, papel este que não se harmoniza com os valores perseguidos pelo processo civil moderno.

Diante dessa contradição, Sergio Alves Gomes³² afirma que a imparcialidade do juiz não significa neutralidade diante dos valores a serem protegidos por meio do processo, uma vez que cabe ao juiz conduzi-lo sempre de modo que seja transformado em efetivo instrumento de justiça, consistindo nisso a imparcialidade do juiz.

Não se deve confundir imparcialidade (sempre necessária) com passividade ou inércia, pois o papel do juiz na condução do processo não pode ser reduzido ao de mero “agente burocrático”, que observa passivamente a atuação (ou inércia) das partes, indiferente ao resultado que o processo possa chegar. No estado em que se encontra o direito processual civil hoje, tão influenciado e orientado pelos valores sociais, chegando-se até ao entendimento que se tem de “instrumentalidade do processo”, não podemos suportar este tipo de comportamento passivo do juiz.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz não significa quebra da sua imparcialidade, uma vez que a atividade probatória deste não tem o condão de favorecer esta ou aquela parte, já que quando o juiz determina a realização de alguma prova não tem condições de prever o seu resultado e nem muito menos de saber a quem ela poderia beneficiar³³. Acrescenta ainda ao seu posicionamento, considerando os ensinamentos de Barbosa Moreira, a seguinte indagação:

³² *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.75.

³³ *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.80.

“Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude acabe beneficiando a parte que não tem razão?”³⁴ ”

É importante salientar que a imparcialidade é um requisito exigido no exame da prova (no seu julgamento) e não na sua produção³⁵, o que nos leva a conclusão de que a possível atividade instrutória do juiz não conduz necessariamente à quebra de sua imparcialidade no julgamento dessas provas.

Conforme afirma José Roberto Bedaque, *“juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos”³⁶*, e não aquele que deixa de produzir uma determinada prova, que poderia elucidar a obscuridade de uma questão processual, apenas por medo de se tornar parcial. Esta não deve ser, definitivamente, a postura do juiz comprometido com a busca da verdade material.

Mas infelizmente o entendimento dominante tanto entre os doutrinadores como entre os próprios magistrados ainda é o de que a participação intensa do juiz na instrução da causa levaria necessariamente a quebra da sua imparcialidade.

Nota-se um posicionamento ainda um pouco temeroso por parte do ilustre Candido Rangel Dinamarco, por exemplo, que, apesar de condenar a figura do juiz espectador e defender a ativação da função jurisdicional, não admite a substituição da iniciativa instrutória das partes pelas do juiz³⁷. Já Arruda Alvim defende que cabe a um outro órgão, que no caso seria o Ministério Público, o dever de buscar a verdade material nas ações que versarem sobre direitos indisponíveis, e não ao juiz, que deve manter uma posição acima e equidistante das partes³⁸.

³⁴ Idem, p. 80.

³⁵ Assim é o pensamento de José Eduardo Suppioni Aguirre, obra citada, p.73.

³⁶ Obra citada, p.82-83.

³⁷ *A Instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 2000, p.287.

³⁸ *Curso de Direito Processual civil*, vol.II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.231, *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos, obra citada, p.81, nota nº181.

No mesmo sentido se encontra a jurisprudência de alguns tribunais, conforme se pode aferir a seguir:

“... Cabe à parte e não ao juiz escolher e produzir a prova que lhe interessar. É exceção a prova produzida pela própria iniciativa judicial, procedimento este que, usado com frequência, poderá colocar em risco o princípio da neutralidade do julgado. (Ac. un. da 8ª Câmara. Do 1º TACivSP, no Ag 581.901-0, rel. Juiz Antônio Carlos Malheiros; RT 714/159)³⁹”.

Uma das possíveis soluções capazes de resolver o aparente choque entre a concessão de poderes instrutórios mais amplos ao juiz e a preservação da sua imparcialidade seria a aplicação dos ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, no sentido de que bastaria apenas submeter a atividade instrutória do juiz ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar as suas decisões para ver preservado o princípio da imparcialidade⁴⁰.

Complementando esse entendimento afirma o ilustre autor:

“Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo⁴¹”.

Diante do exposto, devemos considerar o exercício efetivo do contraditório entre as partes um fator de legitimação das atividades instrutórias do juiz no processo civil, não ocorrendo, portanto, a tão temida quebra da imparcialidade judicial.

³⁹ PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1998, p.882.

⁴⁰ *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 181.

⁴¹ *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.83.

3.1.3 A IGUALDADE SUBSTANCIAL DAS PARTES **“NIVELAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO”**

Conforme dito anteriormente, vigorava no Estado liberal o princípio da autonomia da vontade individual, e como não poderia deixar de ser, isto também se refletiu no modo de ser do processo civil, no qual se garantia apenas a igualdade formal das partes.

Mas com as mudanças ideológicas ocorridas desde o surgimento da concepção de um Estado mais social, começaram a aparecer também posicionamentos no sentido de que só a garantia da igualdade formal já não era mais suficiente, tendo em vista o fim social que o processo pretende alcançar.

Essa preocupação foi bem exposta por Piero Calamandrei, quando comentava o novo CPC italiano, que tanto influenciou os dispositivos do nosso Código de processo civil, senão vejamos:

“O novo processo tem percebido que a afirmação puramente jurídica da igualdade das partes pode se transformar em letra morta, se depois, no caso concreto, a disparidade de cultura e de meios econômicos põe a uma das partes em condições de não se poder servir dessa igualdade jurídica, porque o custo e as dificuldades técnicas do processo, que a parte acaudalada e culta pode facilmente superar com os próprios meios e se fazendo assistir, sem economizar nada, por defensores competentes, cabe que constituam, por outro lado, para a parte pobre um obstáculo freqüentemente insuperável na via da justiça⁴²”

Desta forma, cabe ao Estado-juiz a promoção da igualdade substancial das partes no processo, transformando-o num instrumento de nivelção das desigualdades sociais. Alguns magistrados pensam desta forma, como por exemplo, o Dr. Francisco Wildo Lacerda Dantas, Juiz Federal em Alagoas, conforme podemos constatar a seguir:

“Assim, admitindo-se que ao Estado caiba suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real, entende-se que a célebre equi-

⁴² *Direito Processual civil*, tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez, Campinas: Bookseller, v.I, 1999, p.331.

distância do juiz no processo deva ser adequadamente temperada, atribuindo-lhe poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório, para que, mediante uma efetiva colaboração e cooperação das partes, se alcance um processo justo⁴³”.

Diante desta situação de desigualdade social e econômica vivida pela maioria dos jurisdicionados pobres, exige-se, portanto, uma nova postura do juiz em face ao processo. Segundo expõe José Roberto Bedaque, um dos mais poderosos instrumentos que os magistrados têm nas mãos e que lhe possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual é reforço dos seus poderes instrutórios⁴⁴.

Corroborando a opinião de Bedaque, no sentido de que somente um comportamento mais ativo do juiz garantirá a efetiva igualdade entre as partes, vem-se transcrever os ensinamentos do ilustre magistrado José Renato Nalini:

“Além de assegurar a igualdade das partes, a ampliação dos poderes de instrução do juiz corresponde com o enfoque do processo considerado instrumento público e oficial de realização da justiça. Uma sociedade faminta pela ética, em toda a atuação pública, não resta senão o Judiciário para o desempenho de tarefa invulnerável a pressões externas, imune ao vírus da corrupção, ao menos como regra⁴⁵”.

No entanto, Humberto Theodoro Junior não parece concordar muito com esses entendimentos, uma vez que esta postura mais ativa do juiz, que segundo ele domina o processo socialista, não se harmoniza bem com o nosso sistema processual civil, pois colocaria em risco o princípio da imparcialidade do juiz. Para ele, não se justifica que o juiz venha a ser transformar num *“inquisitor ou num investigador sem peias que pudesse sair fora dos autos em busca de pessoas, coisas ou fatos úteis à elucidação da verdade*

⁴³ “Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário”, *Revista dos Tribunais*, vol.700, Fevereiro/94, p.35.

⁴⁴ obra citada, p.72.

⁴⁵ *O juiz e o acesso à justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.127.

real”, e afirma que para se assegurar a igualdade de condições entre os sujeitos processuais bastaria que fosse garantido os benefícios da assistência judiciária, devendo o curso do processo desenvolver-se com total imparcialidade do juiz⁴⁶.

Constata-se dessas afirmações do ilustre Humberto Theodoro um certo grau de conservadorismo e uma certa confusão, mais uma vez, entre imparcialidade e passividade do juiz. Além do mais, vale ressaltar que a simples concessão dos benefícios da assistência judiciária está longe de ser um meio realmente eficaz para assegurar a igualdade de condições entre as partes. Na atual realidade brasileira, a assistência judiciária pode, às vezes, acentuar ainda mais essa desigualdade social dos litigantes.

É importante salientar, entretanto, que esse posicionamento de Humberto Theodoro foi escrito e defendido em 1978, o que nos faz acreditar que o próprio autor já tenha o modificado nos dias atuais, para que possa se encontrar em harmonia com os fins humanitários e sociais do processo civil moderno.

Por fim, citando mais uma vez o ilustre José Roberto Bedaque, é importante ressaltar que a liberdade das partes não é em nenhum momento afetada pela interferência do juiz na atividade probatória, uma vez que, conforme justifica o autor, *“se o direito debatido incluir-se no rol dos chamados ‘direitos disponíveis’, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir”*. E completa dizendo que, *“enquanto a solução permanecer nas mãos do Estado, não pode o juiz se contentar apenas com a atividade das partes. A visão do ‘Estado-social’ não admite essa posição passiva, conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas”*⁴⁷.

4 O JUIZ INSTRUTOR – ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

4.1 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E OS ARTS. 130 E 333 DO CPC

Muitos doutrinadores afirmam que o legislador processual, ao instituir o art. 130 do CPC⁴⁸, tratou de ampliar a atividade probatória do juiz, o

⁴⁶ “Os poderes do juiz em face da prova”, *Revista Forense*, v.263, julho-setembro/1978, p46.

⁴⁷ Obra citada, p.73.

⁴⁸ Art.130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

que na verdade se coaduna perfeitamente com tendência publicística da ciência processual e com a nova função social do processo.

Há, entretanto, uma divergência muito grande na doutrina processualista brasileira sobre se as regras referentes ao ônus da prova, previstas no art.333 do CPC⁴⁹, constituiriam ou não um limite ao poderes de iniciativa do juiz na produção da prova.

Para os autores que defendem a posição de que não deve haver uma superestimação da regra do art.130, em face às limitações impostas pelas regras referentes ao ônus da prova, os poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo art.130 do CPC só devem ser aplicados nos casos em que “houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranqüila, proferir sentença⁵⁰”, sendo, portanto, considerados poderes supletivos da iniciativa probatória das partes, somente aplicáveis aos casos em que haja necessidade de afastar a perplexidade do julgador.

De acordo com este entendimento, poderíamos afirmar então que a omissão da parte na apresentação das provas que lhe competiam demonstrar levaria a improcedência do pedido, e não a incidência do art.130 do CPC. A esta conclusão chega o ilustre João Batista Lopes, por exemplo, ao afirmar que *“a interpretação atrelada ao teor literal do art.130 do CPC pode, porém, levar à conclusão equivocada de conferir ao juiz o poder de substituir as partes na instrução probatória isto é, de converter-se em investigador de fatos ou juiz instrutor⁵¹”*, o que, segundo o autor, provocaria uma premiação da omissão e descaso da parte negligente.

No mesmo sentido é o entendimento de Humberto Theodoro ao afirmar que o poder de iniciativa probatória do juiz não é ilimitado, pois, *“segundo as regras que tratam dos ônus processuais e presunções legais, na maioria das vezes a vontade ou a conduta da parte influi decisivamente sobre a prova e afasta a iniciativa do juiz nessa matéria⁵²”*.

⁴⁹ Art.333 do CPC: “O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

⁵⁰ Esse é o entendimento, por exemplo, de Moacyr Amaral Santos, demonstrado em sua obra *Primeiras linhas de direito processual civil*, Saraiva: São Paulo, v.2, 1998,p.350.

⁵¹ *A prova no direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.68-69.

⁵² ‘Os poderes do juiz em face da prova’, *Revista Forense*, vol.26, julho-setembro/1978, p.45.

Entretanto, existe um posicionamento de uma parte da doutrina que defende que as regras referentes ao ônus da prova, previstas no art.333 do CPC, sejam consideradas regras de julgamento, ou seja, regras de técnica de decisão, destinadas a orientar o juiz no momento de julgar o mérito da causa, caso ainda haja alguma incerteza ou dúvida em relação a algum fato que não ficou suficientemente provado pelas partes ou pelo próprio juiz.

José Roberto Bedaque define as regras referentes à distribuição do ônus da prova como sendo “a última saída para o juiz, que não pode deixar de decidir”, e ensina que “*elas devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir*”. Continua afirmando ainda que “*os princípios estabelecidos no art.333 só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isso ocorre, não importa a sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos*”⁵³ .

Bedaque ainda salienta que a ampliação da atividade instrutória do juiz não significa negar o ônus que as partes continuam tendo em deduzir os fatos com que pretendam demonstrar o seu direito. Segundo ele, compete às partes averiguar e afirmar os fatos de que se servirá o juiz para decidir, nada impedindo que a função verificadora dos meios de prova seja entregue ao juiz, uma vez que o acerto da decisão dela depende⁵⁴ .

O entendimento exposto e defendido por grande parte da doutrina, entre eles José Roberto dos Santos Bedaque, tem sido aplicado por muitos tribunais pátrios, o que demonstra uma certa renovação na postura do juiz perante a instrução probatória, conforme o que se transcreve a seguir:

*“O sistema brasileiro da prova, diante dos termos do art.131 do CPC, adotou o princípio inquisitivo probatório. Assim, em termos de prova, o Juiz é tanto ou mais interessado que a parte na busca da verdade real e na justa composição do litígio. Neste passo, o princípio do ônus da prova (art.333 do CPC) tem caráter supletivo. Somente após a produção de todas as provas conhecidas e possíveis pelo Juiz e pelas partes é que concluirá a quem competia provar tal ou qual fato (Ac. Un. da 5ª Câm. do TARS de 30.03.1995, na Ap 195.004.197, rel. Juiz Rui Portanova)”*⁵⁵ .

⁵³ Obra citada, p.86-87.

⁵⁴ Obra citada, p.90-91. O autor afirma que chegou a esta conclusão se baseando nos ensinamentos do autor Sentis Melendo.

⁵⁵ PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 1998, p.1614.

Entretanto, apesar dessa visão inovadora a respeito da ampliação dos poderes instrutórios do juiz ser intensamente estimulada por alguns doutrinadores, chegando até a ser aplicada por alguns tribunais que tem, na sua composição, magistrados sintonizados com as idéias de realização de um processo mais justo e voltado para a busca da verdade real, na verdade ainda não há uma total aceitação por parte dos operadores do direito.

José Renato Nalini expressa muito bem esse sentimento conservador e formalista que contamina a magistratura brasileira, afirmando que *“ainda existe uma réstea de hesitação em ordenar todas as provas necessárias ao mais integral esclarecimento dos fatos ensejadores da demanda. Vinculado ao truísmo de que a imparcialidade é o bem supremo a ser conservado pelo juiz e que inclinar-se para uma das direções corresponde a trair o ofício da justiça, não é raro preferir o juiz a condição de inerte receptor de pleitos e fatos, tais como lhe são apresentados”*⁵⁶.

Mas esse pensamento formalista, predominante não só em alguns doutrinadores mais tradicionais, como também nos próprios magistrados, tem uma razão de ser. Apesar de vivermos num Estado que se diz social democrático, cuja meta é a proteção do bem estar social e no qual se eleva o princípio da isonomia a preceito constitucional, ainda prevalece o interesse das elites, ou seja, de parte da sociedade que detém o poder econômico e que muitas vezes detém também o poder político. E a essa elite interessa a manutenção desse formalismo no processo e, conseqüentemente, dessa passividade e inércia tão presentes no juiz brasileiro.

É como uma bola de neve, conforme explicita com bastante propriedade Gilberto Ferreira e Sandra Mara Flügel Assad, pois é *“essa mesma elite que impõe um ensino jurídico reacionário, que acaba por influir no pensamento de toda uma geração de operadores do direito, seja eles juízes, promotores ou advogados”*⁵⁷.

Se o primeiro passo não for dado, essa bola de neve tende a crescer e a tomar maior fôlego, o que não deve ser permitido, tendo em vista os novos caminhos que devem ser seguidos pela ciência processual em sua busca a um processo mais humano e justo, que possa, na medida do possível, transformar as desigualdades sociais em igualdades substanciais.

⁵⁶ *O juiz e o acesso à justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.129.

⁵⁷ “Os poderes do juiz no processo civil moderno”, *Revista de processo*, v.86, 1997, p286.

O ilustre José dos Santos Bedaque se mostrou um jurista corajoso e bastante sintonizado com as idéias do seu tempo ao defender, com bastante brilhantismo, uma posição mais ativa do juiz na instrução do processo. Espera-se que essa nova postura ativa do juiz não seja verificada apenas na teoria.

4.2. O dinamismo do juiz na instrução probatória das ações de investigação de paternidade

Grande parte da doutrina defende a idéia de que haverá uma maior ou menor ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo em decorrência da disponibilidade ou não dos direitos em litígio. Esse entendimento não é unânime, uma vez que existem doutrinadores, como José Roberto Bedaque, que afirmam que é irrelevante para a atividade instrutória do juiz a natureza da relação jurídica controvertida, pois o processo será um só, independentemente da matéria discutida ser de natureza disponível ou indisponível⁵⁸, o que nos leva a conclusão de que a livre investigação do juiz poderá se dar em ambos os casos.

Constata-se do entendimento acima exposto que uma parte dos doutrinadores ainda insiste em tratar a relação jurídica processual como uma mera projeção da relação de direito material, o que não se coaduna com o caráter público que o processo civil apresenta na atualidade.

Talvez esteja aí, nesta pretensa influência direta da relação de direito material sobre a relação processual, a justificativa para a aceitação, por grande parte dos operadores do direito, da possível ampliação dos poderes instrutórios do juiz nos casos em que a lide versa sobre direitos indisponíveis, como, por exemplo, os direitos à filiação.

Neste sentido é o entendimento de João Batista Lopes que, mesmo demonstrando um certo formalismo ao afirmar a necessidade de não superestimar o comando do art.130 do CPC⁵⁹, sob pena de converter o magistrado em investigador de fatos ou ‘juiz de instrução’, admite, nas ações de

⁵⁸ *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.94.

⁵⁹ Art. 130 do CPC: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

investigação de paternidade, a produção de prova pericial pelo juiz (inclusive o exame de DNA) ainda que as partes deixem de requerê-la⁶⁰.

Humberto Theodoro Junior chega a afirmar a possibilidade de um Tribunal, em grau de recurso, reabrir a instrução processual quando constatar que uma prova, necessária para solucionar ação de investigação de paternidade, tiver sido omitida na primeira instância⁶¹.

Já o ilustre Belmiro Pedro Welter defende que, diante da indisponibilidade do direito à paternidade biológica, ocorreria violação à literal disposição do art.130 do CPC, no caso de omissão da perícia de DNA na fase de instrução da investigatória, uma vez que estaria previsto neste dispositivo não só o poder, mas também o dever do juiz de ‘determinar todas as prova’, inclusive a pericial (DNA)⁶².

Essa maior aceitação na ampliação dos poderes instrutórios do juiz nas causas relativas a investigação de paternidade também é observada na jurisprudência dos tribunais pátrios, conforme se verifica a seguir:

Tratando-se de investigação de paternidade, na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o Juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível – ações de estado -, ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda quando haja signifi-

⁶⁰ A prova no direito processual civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.69.

⁶¹ “Prova – princípio da verdade real- poderes do juiz- ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)”. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Ano I, nº3, pp.5-23, outubro-dezembro/1999

⁶² “Coisa julgada na investigação de paternidade”, *Jornal Síntese*, nº19, maio/98, p.10, apud THEODORO JR., Humberto; obra citada, p.20.

cativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. (Ac . un. da 4ª T. do STJ de 12.12.1995, no Resp 43.467-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira ; DJ de 18.03.1996; Adcoas, de 30.06.1996; RT 729/155)⁶³ ”.

Deve ser salientado, entretanto, que o legislador processual não estabeleceu, conforme afirma José Roberto Bedaque, “*qualquer diferença de tratamento quanto aos poderes do juiz, em função da matéria discutida no processo. A amplitude desses poderes é a mesma, qualquer que seja a natureza da relação jurídica objeto do processo, seja ela disponível ou não*”, o que nos leva a acreditar que essa postura ativa do juiz, observada na instrução probatória das ações relativas à investigação de paternidade, deve ser efetivamente exercida em todas as outras ações de direito material, sendo irrelevante a disponibilidade ou não do direito em litígio.

5 CONCLUSÃO

Chega-se, portanto, com o fim desse trabalho, à constatação das seguintes proposições:

- a) As ideologias do liberalismo influenciaram não só o papel do juiz no processo, como o próprio modo de ser do processo, no qual vigorou o princípio do dispositivo e o comportamento passivo do juiz em relação às “coisas do processo”. Com a conseqüente mudança no perfil do Estado e na própria função do direito, o papel do Poder Judiciário, mais especificamente o papel do juiz no processo, também se modificou, e aquele juiz passivo, neutro, indiferente aos problemas de desigualdades sociais produzidos principalmente pelas ideologias do liberalismo individual, se transforma num juiz ativo, consciente do seu novo papel de nivelador das desigualdades;
- b) Do fenômeno da publicização e da preocupação cada vez maior, tanto dos doutrinadores como dos legisladores, de se atribuir uma função social ao processo, decorreu uma tendência universal de

⁶³ PAULA, Alexandre de. Código de processo civil anotado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1998, p.878.

ampliação dos poderes do juiz. O enfoque dado ao estudo do direito processual civil se modernizou de acordo com as novas ideologias vigentes, e logicamente os seus institutos e princípios informativos também seguiram o mesmo caminho de tendência de publicização;

- c) A análise do conteúdo dos princípios processual levou em consideração o caráter público do processo civil moderno, o que resultou numa revisão do próprio conteúdo dos princípios processuais. Houve, por parte da doutrina, o entendimento de que o princípio dispositivo deveria ser atenuado em face da busca da verdade real. Já o exercício efetivo do contraditório entre as partes foi considerado um fator de legitimação das atividades instrutórias do juiz no processo civil, não ocasionando, portanto, a tão temida quebra da imparcialidade judicial. O princípio da igualdade processual das partes deve ser cada vez mais entendido como princípio da igualdade material das partes, no intuito de se promover uma nivelção social através do processo;
- d) Com relação ao suposto conflito entre as normas do art.130 e 333 do CPC, este se provou inexistente, uma vez as regras de distribuição do ônus da prova devem ser consideradas como regras técnicas de decisão, destinadas a orientar o juiz no momento de julgar o mérito da causa, caso ainda haja alguma incerteza ou dúvida em relação a algum fato que não ficou suficientemente provado pelas partes ou pelo próprio juiz. Não há, portanto, uma limitação aos poderes instrutórios do juiz, previstos na norma geral do art.130 do CPC, pelas regras de distribuição do ônus da prova, uma vez que estas devem ser levadas em consideração apenas no momento do julgamento, e não na fase de instrução probatória;
- e) Em relação às causas relativas a investigação de paternidade, demonstrou-se haver uma maior aceitação na ampliação dos poderes instrutórios do juiz tanto por parte dos doutrinadores como por parte da jurisprudência, e isso se justifica pelo fato de muitos ainda atribuírem uma relação direta entre a disponibilidade ou indisponibilidade do direito e modo do juiz atuar na instrução probatória (visando alcançar a verdade formal ou material, respectivamente);
- f) E finalmente constatou-se que, infelizmente, apesar visão inovadora a respeito da ampliação dos poderes instrutórios do juiz ser

intensamente estimulada por alguns doutrinadores, chegando até a ser aplicada por alguns tribunais que tem, na sua composição, magistrados sintonizados com as idéias de realização de um processo mais justo e voltado para a busca da verdade real, não há ainda uma total aderência desses valores por parte dos operadores do direito. Torna-se necessário mudar a mentalidade formalista dos operadores do direito para que se possa observar uma verdadeira consagração dos fins sociais do processo civil moderno.

Enfim, diante de tudo que foi exposto durante todo o trabalho monográfico, espera-se ter demonstrado a necessidade de mudar a mentalidade dos operadores do direito, especialmente a mentalidade dos juízes, para que um dia seja alcançado o ideal de justiça tão desejado e proclamado por os brasileiros.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. “O poder instrutório do juiz”. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas*. Campinas, v.15, pp.69-77, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2.ed; tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, v. I e III, 1999.
- CINTRA, Antônio Carlo de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. “Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do Judiciário”. *Revista dos Tribunais*, v.700, pp.35-39, Fevereiro/1994.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERREIRA, Gilberto, ASSAD, Sandra Mara Flügel. “Os poderes do juiz no processo civil moderno”. *Revista de processo*, v.86, pp.285-294, 1997.
- GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.
- MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*; tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PAULA, Alexandre de. *Código de processo civil anotado: Do processo de conhecimento: arts.1º a 269*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1 e 2, 1998.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 1998.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.
- THEODORO JR., Humberto. “Os poderes do juiz em face da prova”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol.263, pp.39-47, julho-setembro/1978.

_____. “Prova – princípio da verdade real- poderes do juiz- ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA)”. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Ano I, nº3, pp.5-23, outubro-dezembro/1999.